JURISCLASSEUR

Litec Pratique des Marchés publics dans les Collectivités Territoriales > V° Critères

Date de fraîcheur : 15 Septembre 2012

Fasc. 10 : CRITÈRES . - Dispositions générales

Points-clés

1. - **Le pouvoir adjudicateur est compétent** pour fixer les critères de jugement des candidatures et des offres (V. n° 1).
2. - Les critères de jugement des offres sont variables (V. n° 10) ; **une offre ne peut donc pas être jugée sur un critère unique**, sauf cas particulier (V. n° 11).
3. - Les critères doivent être **pondérés**, ou à défaut **hiérarchisés** (V. n° 25 et 26) ; ils doivent être déterminés en fonction de l'objet du marché (V. n° 22).
4. - Les critères doivent être mentionnés dans **l'avis de publicité** ou **le règlement de la consultation** (V. n° 19).

Sommaire analytique

I. - Détermination des critères de jugement des candidatures et des offres

A. - Personne compétente pour fixer les critères

B. - Liste des critères

1° Critères autorisés

a) Critères de sélection des candidatures

b) Précision sur l'appréciation de la capacité professionnelle, technique et financière

c) Principe de pluralité des critères de jugement des offres

d) Principe de séparation entre critères de sélection des candidatures et critères de sélection des offres

2° Critères illégaux

II. - Modalités d'utilisation des critères de jugement des candidatures et des offres

A. - Utilisation des critères en vue de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse

B. - Critères et politique de l'achat

I. - Détermination des critères de jugement des candidatures et des offres

A. - Personne compétente pour fixer les critères

1. - Compétence de la personne publique - *"Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde 1°) soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché [...], 2°) soit compte tenu de l'objet du marché sur un seul critère qui est celui du prix" (CMP, art. 53)*. Le Code des marchés publics mentionnant le pouvoir adjudicateur comme personne compétente dans le domaine, il renvoie au règles générales de partage des compétences *(FM Litec, Pratique des Marchés publics dans Les Collectivités Territoriales, V° Délégations de signature, fasc. 10. - FM Litec, Pratique des Marchés publics dans Les Collectivités Territoriales, V° Assemblée délibérante, fasc. 10)*.

Dans l'hypothèse où une délibération est prise pour autoriser l'exécutif à lancer une procédure, il est possible d'y indiquer les critères de jugement des offres (sur les délibérations, V. *FM Litec, Pratique des Marchés publics dans Les Collectivités Territoriales, V° Assemblée délibérante , fasc. 10*). Même si cette formule est particulièrement sécurisante pour les acheteurs, elle n'est pas la plus aisée à mettre en oeuvre. On considérera donc plutôt que la détermination des critères de jugement des offres est de la compétence de l'exécutif, et plus précisément des services placés sous son autorité.

Le même raisonnement peut être adopté à propos des critères de sélection des candidatures, le code reprenant la même formulation, notamment dans le cadre de l'appel d'offres restreint : l'exécutif est par conséquent compétent pour indiquer *"les critères de sélection des candidatures non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières" (CMP, art. 52, II)*.

2. - Rôle des services de la collectivité - Les services de la collectivité vont, lors du lancement d'une procédure, devoir définir et pondérer, ou à défaut hiérarchiser, les critères utilisés lors de l'analyse des offres. Le service utilisateur et le service chargé de la passation des marchés publics sont nécessairement étroitement associés dans cette tâche. Ainsi, le service utilisateur, du fait de sa connaissance technique, sera le plus à même de définir les critères appropriés et d'établir les pondérations les plus pertinentes par rapport à l'objet du marché et les attentes de la collectivité. Le service des marchés, quant à lui, effectuera un pré-contrôle juridique sur la définition des critères et leur utilisation (V.*FM Litec, Pratique des Marchés publics dans Les Collectivités Territoriales, V° Achat public, fasc. 10*).

B. - Liste des critères

1° Critères autorisés

a) Critères de sélection des candidatures

3. - Examen préalable des candidatures par le pouvoir adjudicateur - Le Code des marchés publics a introduit, depuis la réforme de 2004, de la souplesse dans l'examen des candidatures. Ainsi, si le pouvoir adjudicateur, avant qu'il ne soit procédé à l'examen des candidatures, constate que des pièces dont la production était demandée sont absentes ou incomplètes, il peut décider de demander à tous les candidats concernés de produire ou de compléter ces pièces dans un délai identique pour tous, délai qui ne saurait être supérieur à dix jours *(CMP, art. 52)*. Cette disposition ne constitue qu'une simple faculté pour le pouvoir adjudicateur. Il est précisé que, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur use de cette faculté, il doit le faire au bénéfice de l'ensemble des candidats. Le juge avait considéré que la demande de complément ne pouvait porter sur la capacité juridique du candidat mais uniquement sur les éléments relatifs à sa capacité technique, professionnelle et financière *(CE, 28 avr. 2006, n° 283942, synd. mixte gestion travaux pour élimination déchets 2006 : JurisData n° 2006-070181)*. Toutefois, la rédaction de l'article 52 issue du décret du 9 septembre 2009 permet désormais de faire compléter y compris les éléments manquants relatifs à la capacité juridique *(CMP, art. 52 mod. par D. n° 2009-1086, 2 sept. 2009 : Journal Officiel 4 Septembre 2009)*.

Conseil pratique

La personne publique pourra décider préalablement, et de manière générale, si elle compte user de cette faculté et définir la conduite à tenir. Cette disposition permet de ne pas rejeter des candidats pour de simples erreurs matérielles dans la constitution de leur dossier ; néanmoins elle peut conduire à un rallongement des procédures. Aussi la possibilité offerte par la réglementation pourrait être écartée dans deux hypothèses :

- urgence d'une procédure ;
- nombre suffisant et important de réponses.

4. - Compétence pour l'élimination des candidatures -

Pour les procédures d'appel d'offres : la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriale conserve sa compétence pour apprécier la recevabilité des candidats, quand bien même rien n'est précisé sur ce point dans l'article 52. Celui-ci dispose que les candidatures qui n'ont pas été écartées, pour des raisons de recevabilité administrative, sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées. Toutefois, l'article 58 du Code des marchés publics dispose que *"au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, les candidatures qui ne peuvent être admises en application des dispositions de l'article 52 sont éliminées. Cette élimination est effectuée par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales"*. Elle est effectuée par le représentant du pouvoir adjudicateur, pour les marchés de l'État.

Le travail d'analyse des candidatures devra comporter deux temps.

Une première sélection consiste à ne pas admettre les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article 43 ou qui, le cas échéant après mise en oeuvre des dispositions du premier alinéa de l'article 52 (demande de complément du dossier de candidature par le pouvoir adjudicateur), produisent des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 44 et 45.

Une seconde étape de sélection permet d'examiner les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions précédemment citées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées.

La fixation de niveaux minimaux de capacité sont, aux termes de l'article 45 du Code des marchés publics, une faculté. Toutefois, le juge administratif a rappelé que si des niveaux minimaux sont fixés, ils doivent être proportionnés et liés à l'objet du marché. En l'espèce, le fait d'imposer aux candidats de justifier sur trois années consécutives d'un chiffre d'affaires égal à vingt-quatre fois le seuil minimal d'un marché à bons de commande et à six fois son seuil maximal, alors que ledit marché portait sur des prestations courantes à réaliser sur une période de six mois seulement, constitue une méconnaissance dudit principe de proportionnalité *(CAA Versailles, 25 mai 2010, n° 08VE02066, cne Brunoy : JurisData n° 2010-011874 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 281, p. 25)*.

Conseil pratique

Il est souhaitable que, le travail effectué sur les candidatures soit relaté dans un rapport retraçant les opérations d'ouverture des candidatures. Ce rapport détaillera :

- les modalités d'ouverture des candidatures ;
- la liste des documents recensés lors de cette ouverture ;
- les éventuelles demandes de documents complémentaires effectués auprès des candidats ;
- la date de réception et le contenu des compléments qui ont été effectivement apportés par les candidats ;
- l'examen des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.

Les échanges de courrier seront également, et de préférence, annexés au compte rendu et tenus à la disposition de la commission d'appel d'offres ou du représentant du pouvoir adjudicateur.

Pour les autres procédures : l'élimination des candidatures ne satisfaisant pas aux conditions fixées à l'article 52 appartient au représentant du pouvoir adjudicateur.

Pour les autres procédures : la compétence d'élimination des candidatures ne satisfaisant pas aux conditions fixées à l'article 52 relèvera du pouvoir adjudicateur.

5. - Cas des procédures restreintes - L'article 52 du Code des marchés publics 2006 dispose que lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues, conformément au I, des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Dans le code de 2006, il ne peut y avoir de sélection eu égard aux références présentées par les candidats puisque l'article 52 prévoit également que l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats. Cette sélection trouvera à s'appliquer dans l'hypothèse où le nombre de candidats admis est supérieur au nombre préalablement indiqué des candidats qui seront admis à présenter une offre.

Les critères établis en application de l'article 52 du Code des marchés publics ne sont obligatoires dans l'avis d'appel public à concurrence que dans l'hypothèse où le nombre maximum de candidats admis à présenter une offre aura été préalablement fixé et pourrait être dépassé. Ces critères n'ont pas à être pondérés ; la pondération en ce cas constitue une simple faculté pour la personne publique contrairement aux critères de jugement des offres *(Rép. min. n° 17374 : JO Sénat Q 23 juin 2005, p. 1717 ; Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 235)*. Toutefois, si la personne publique use de cette faculté, elle devra l'annoncer tant dans l'avis d'appel public à concurrence que dans le règlement de la consultation.

On remarquera enfin que la distinction entre procédure restreinte et procédure ouverte introduite par le code reste superficielle car, même en procédure ouverte, les candidatures ne peuvent être examinées qu'en fonction de ces mêmes critères (V. *FM Litec, Pratique des Marchés publics dans Les Collectivités Territoriales, V° Commission d'appel d'offres, fasc. 10*).

b) Précision sur l'appréciation de la capacité professionnelle, technique et financière

6. - Examen du savoir-faire en matière de protection de l'environnement - Le manuel d'application précise que l'article 45 du Code des marchés publics autorise les acheteurs publics à examiner le savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement au travers de l'appréciation de leurs capacités techniques *(Circ. NOR : ECOM0620004C, 3 août 2006 : Journal Officiel 4 Aout 2006, portant manuel d'application du code des marchés publics)*.

7. - Cas des groupements - En cas de groupement, l'appréciation de la capacité professionnelle, technique et financière des membres du groupement est globale. Il n'est pas exigé que chaque entreprise dispose de la totalité des compétences techniques pour l'exécution du marché *(CMP, art. 52)*. En revanche, l'intégralité des membres du groupement devront produire les justificatifs demandés par le pouvoir adjudicateur.

Cette disposition introduite dès le code de 2004, permet de clore le débat qui avait suivi l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris considérant que, dans les cas de groupement, pour les groupements conjoints, le mandataire solidaire devait justifier de sa capacité à réaliser l'intégralité du marché et, pour les groupements solidaires, chaque membre du groupement devait être en mesure d'assurer la totalité de la prestation *(CAA Paris, 10 oct. 2000, n° 99PA03442, préfet Seine-Saint-Denis c/ cne Pantin : JurisData n° 2000-141952)*. La Cour de justice des communautés européennes a confirmé le fait que, pour qu'un critère de sélection des candidatures soit rempli, il n'est pas nécessaire qu'il le soit par chacun des membres du "consortium" candidat. Il suffit qu'il soit satisfait par l'un d'entre eux *(CJCE, 18 juill. 2007, aff. C-399/05, Comm. CE c/ Rép. hellénique : Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 298)*.

8. - Prise en compte de la capacité d'autres opérateurs économiques - L'article 52 du Code des marchés publics 2006 dispose que, pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités des opérateurs économiques sollicités et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché. L'arrêté du 28 août 2006 précise que le candidat doit, dans ce cas, produire un engagement écrit de l'opérateur économique justifiant la mise à disposition de ses capacités pour l'exécution du marché. Bien que cette disposition découle naturellement de la directive unifiée et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes *(CJCE, 2 déc. 1999, aff. C-176/98, Holst Italia Spa c/ comune di Cagliari)*, on ne voit pas très bien, en droit français, quelles autres situations elle pourrait regrouper en dehors de la sous-traitance ou du groupement d'entreprises et hormis le prêt ou la mise à disposition de matériel.

9. - Absence de caractère éliminatoire des références - L'article 52 du Code des marchés publics dispose que l'absence de référence relative à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières.

c) Principe de pluralité des critères de jugement des offres

10. - Choix des critères de jugement des offres - Pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché *(CMP, art. 53, II)*. L'article 53 définit une liste de critères. Cette liste n'est pas exhaustive, la personne publique pourra prendre en compte d'autres critères s'ils sont justifiés par l'objet du marché (par exemple, la méthodologie employée).

Toutefois, le juge administratif a sanctionné l'utilisation d'un critère de l'article 53 comme sous-critère. Le tribunal a ainsi estimé que le caractère innovant (de l'offre) ne pouvait être un élément d'appréciation de la valeur technique mais devait apparaître en tant que critère à part entière *(TA Lyon, ord., 1er févr. 2008)*. Dans l'attente d'une décision du Conseil d'État sur la question, et afin de sécuriser les procédures, il apparaît qu'un critère énuméré à l'article 53 du Code des marchés publics ne peut être

utilisé en tant que sous-critère, mais uniquement comme critère à part entière, et doit, de ce fait, pour les procédures formalisées, être pondéré.

Le juge a rappelé, en revanche, qu'il était illégal de faire d'une condition d'exécution d'un contrat, précisément définie par celui-ci, un critère de choix des offres. En l'espèce, la société ne pouvait être mal notée parce qu'elle répondait de manière incomplète sur des éléments détaillés précisément dans les documents contractuels, sur lesquels elle s'engageait *(CAA Bordeaux, 11 mars 2008, n° 05BX02395, sté SELF SPM : Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 75)*.

Le code énumère les critères suivants.

La qualité.

Le prix des prestations. - Il n'est pas forcément souhaitable d'indiquer le prix en premier critère. Dans cette hypothèse, en effet, il devient ensuite très difficile d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. Ce critère est cependant dans la plupart des cas utilisé, mais en combinaison avec les autres. Par exception, il peut arriver, dans le cadre de certains marchés, que le prix soit déterminé au préalable par la personne publique, ou qu'il ne soit pas opérant (exemple cas des marchés de mobilier urbain avec une redevance fixée préalablement par le pouvoir adjudicateur). Le critère prix disparaît alors, dans cette hypothèse qui demeure somme toute exceptionnelle. Le juge a pu également considérer qu'il n'était nullement obligatoire de recourir à tel ou tel critère y compris le prix *(CE, 28 avr. 2006, n° 280197, ville Toulouse, préc.)*.

Par ailleurs, en ce qui concerne le critère du prix, le juge a censuré une méthode de notation par laquelle un candidat pouvait se voir attribuer une note négative dans l'hypothèse où son offre de prix se révélait plus de deux fois supérieure à celles émanant des entreprises concurrentes ; méthode de notation qui conduisait également à remettre en cause l'écart de pondération des critères tel que prévu initialement *(TA Saint-Denis de la Réunion, ord., 17 févr. 2010, n° 10-00093 et 10-00094, sté Assurco c/ région Réunion : Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 250, note F. Llorens)*.

Sur un autre aspect, le tribunal administratif de Marseille a validé la pratique d'appréciation du prix au regard d'un sous critère dit "de chantier masqué ou fictif" qui consiste, dans le cas des marchés à prix unitaires, d'indiquer que le critère du prix sera apprécié selon un pourcentage fixé, par projection des prix du BPU au regard d'une sorte de chantier type, dont les prestations ne sont pas forcément communiquées au départ. Le juge indique qu'au demeurant le fait de communiquer aux candidats la sélection des prestations et fournitures constitutives du chantier masqué ou fictif priverait ce sous-critère de tout intérêt. Il subordonne simplement sa légalité à la condition que le contenu dudit chantier corresponde à l'objet du marché et n'ait pas pour effet de privilégier un aspect particulier de sorte que le critère du prix s'en trouverait dénaturé *(TA Marseille, ord. 8 juin 2010, n° 10-03386, sté Entr. gén. d'électricité Noël Béranger : Contrats-Marchés 2010, comm. 282*. - Voir position contraire invalidant la pratique de ces chantiers masqués ou type : *TA Versailles, ord., 18 déc. 2009, n° 074367, sté ELALE : Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 63)*.

La valeur technique de l'offre. - Ce critère s'apprécie généralement en fonction des moyens matériels et humains affectés au marché, de l'organisation prévisionnelle. Il est souvent utilisé en matière de marchés de travaux. Afin d'apprécier la valeur technique, selon un cadre commun, il est possible, voire souhaitable, de fournir aux candidats un cadre de mémoire justificatif qu'il leur suffira de compléter. Cette solution a également le mérite d'inciter les candidats à ne pas oublier de remettre ce document avec leur offre. Afin de donner plus de réalité à ce critère, il est possible de rendre contractuel le mémoire justificatif dans le CCAP. Le tribunal administratif de Paris a jugé que l'examen d'un critère relatif à l'équipe proposée, ayant pour objet de s'assurer de la compétence de l'équipe affectée à la réalisation du marché considéré, distinct du contrôle opéré au stade de la sélection des candidatures concernant les garanties professionnelles de l'entreprise, pouvait être justifié par l'objet du marché *(TA Paris, ord., 2 déc. 2004, n° 04239007/6, sté Stratis : Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 10)*. Ce critère doit être précisé. Il convient ainsi de noter une ordonnance du tribunal administratif de Marseille qui a annulé un marché au motif qu'alors que le critère prépondérant annoncé dans la publicité était la valeur technique,

la commission d'appel d'offres avait, par la suite, décomposé ce critère en deux sous-critères d'égale valeur sans que ceux-ci aient été préalablement portés à la connaissance des candidats. Le juge considère dans cette affaire que la personne publique ne pouvait pas, pour pallier à l'imprécision du critère valeur technique qui avait été mentionné dans l'avis de publicité, sans pour autant y être défini, instituer pour apprécier cette valeur deux nouveaux sous-critères qui n'avait pas été portés à la connaissance des candidats *(TA Marseille, 26 juill. 2006, n° 0604605)*.

Dans un autre contexte, le tribunal administratif de Montpellier avait considéré que la liste non limitative des éléments à fournir dans le mémoire technique ne pouvait être regardée comme une liste de sous-critères ni hiérarchisés ni pondérés *(TA Montpellier, 29 mars 2006, n° 0601539, CFT AS)*. Il a été jugé qu'une commission d'appel d'offres ne pouvait rejeter une offre sans avoir analysé sa valeur technique au regard de l'ensemble des éléments de ce critère prévus par les pièces de la consultation. La commission ne pouvait limiter son examen de la valeur technique à la seule appréciation des matériels fournis alors que le règlement de la consultation prévoyait que l'examen de la valeur technique comportait également celui de la qualification des pilotes et des personnels de maintenance *(CAA Marseille, 1er oct. 2009, n° 07MA01607, SDIS Haute-Corse : JurisData n° 2009-015175 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 381)*.

Le juge vérifiera, le cas échéant, si la notation ou l'appréciation apportée sur ce critère ne constitue pas une erreur manifeste d'appréciation. La cour administrative d'appel de Marseille a pu ainsi relever que "la comparaison des deux notices techniques, au vu des critères d'appréciation posés par le règlement de la consultation portant d'une part sur les moyens mis en place pour satisfaire les besoins du marché et d'autre part, sur les conditions d'intervention pour les vacances scolaires ne permettait pas de justifier l'écart important entre les notes attribuées à chacune des deux sociétés" *(CAA Marseille, 1er mars 2010, n° 08MA00442, sté Azur rénovation décoration bâtiment : JurisData n° 2010-006795 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 211)*. De même, le conseil d'État a pu sanctionner le fait de noter à égale valeur une notice technique qui, dans un cas, reprenait les moyens généraux de la société et était stéréotypée et, dans l'autre, avait été étudiée spécifiquement en réponse à la consultation et faisait état des moyens spécifiques qui seraient affectés au marché *(CE, 8 févr. 2010, n° 314075, cne La Rochelle : JurisData n° 2010-000418 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 132 ; Contrats publics, n° 99, mai 2010, p. 80)*.

Par ailleurs, le juge a sanctionné, dans le cadre d'un marché d'assurance, le fait d'avoir décomposé le critère de la valeur technique en deux sous-critères, respectivement "respect des garanties exigées au CCTP" et "valeur ajoutée des garanties proposées par rapport aux exigences de base du cahier des charges". Le juge considère que, d'une part, le respect d'un document contractuel ne peut constituer un critère d'appréciation de l'offre et, d'autre part, le défaut de précision sur les garanties attendues aboutit à conférer au pouvoir adjudicateur une marge d'appréciation arbitraire *(TA Saint-Denis la Réunion, ord., 17 févr. 2010, n° 10-00093 et 10-00094, sté Assurco c/ région Réunion : Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 248, note F. Llorens)*. C'est une position inverse qu'a adopté un autre juge administratif en reconnaissant la spécificité des marchés d'assurance et en admettant la régularité du sous-critère *"respect du cahier des charges"* pour ce type de marché *(TA Besançon ord., 21 déc. 2010, n° 1001581)*.

Le tribunal administratif de Strasbourg a estimé que la pondération du critère de la valeur technique à seulement 20 % n'est pas entachée d'illégalité *(TA Strasbourg, ord. 3 sept. 2010, n° 10-03865, SARL les Quatre vents : Contrats-Marchés publ. 2010, comm 415)*.

Le caractère esthétique et fonctionnel. - Les qualités esthétiques sont assez subjectives. Ce critère peut être utilement utilisé dans le cadre de certains concours. Il peut également être intéressant à utiliser lorsque la personne publique souhaite harmoniser les prestations à acquérir avec celles que possède déjà la collectivité, par exemple lorsqu'il s'agit de mobilier de bureau, ou de mobilier urbain. Les qualités fonctionnelles sont moins subjectives et peuvent être pertinentes pour certains achats (par exemple pour un véhicule électrique : le temps de recharge de la batterie, la durée de vie de la batterie, etc.). Le juge a ainsi pu considérer que la collectivité était libre de choisir les critères d'attribution du marché et de retenir le critère esthétique mais que, en accordant à ce critère une place prépondérante (50 %) sans toutefois fournir aucune indication sur ses attentes en la matière, la collectivité, à qui l'appréciation du critère esthétique a ainsi conféré en l'espèce une liberté de choix discrétionnaire, n'a pas organisé un examen

des offres permettant d'assurer l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure *(CE, 28 avr. 2006, n° 280197, cne Toulouse : JurisData n° 2006-070072 ; Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 165)*. Dans le même sens, un tribunal administratif a pu considérer que le critère esthétique utilisé en l'espèce, était décomposé en trois sous-critères permettant une appréciation conditionnée et était présenté avec suffisamment de précision. De plus, il n'était pondéré qu'à hauteur de 30 % ce qui ne laissait pas place à une liberté inconditionnelle de choix au pouvoir adjudicateur *(TA Rennes, ord., 29 mars 2007, n° 070882, sté MDO France mobilier c/ cnauté d'agglom. Saint-Brieuc)*.

Le juge administratif a confirmé la validité du critère esthétique dans une affaire relative à un marché d'équipements de mobilier. En l'espèce, le juge administratif a pris en compte le fait notamment que ce critère n'entrait que pour 20 % seulement dans l'appréciation de l'offre et que celle du requérant n'avait pas été écartée au vu de ce seul critère *(CAA Bordeaux, 20 oct. 2009, n° 08BX03158, André X : JurisData n° 2009-015092 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 389)*.

Les performances en matière de protection de l'environnement de l'offre. - Le critère environnemental a d'abord été autorisé au niveau communautaire, notamment par une communication interprétative de la commission européenne *(JOCE n° C 274 ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 181)*. Cette autorisation a néanmoins été encadrée. Ainsi, les prescriptions techniques interdisant certains métaux ou substances ne sont acceptables que dans la mesure où leur utilisation est réglementée au niveau communautaire ou national. D'autre part, le critère d'évaluation des offres, relatif "aux capacités environnementales" des soumissionnaires n'est légitime que s'il contribue à l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est à dire s'il est en rapport avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution *(Rép. Comm. n° E-0519/01 : JOCE n° C 261 E/134, 18 sept. 2001 ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 219)*. Dans les exemples cités à l'article 53 du nouveau Code des marchés publics, issu de la réforme de 2004 puis de 2006, les performances de l'offre en matière de protection de l'environnement peuvent désormais constituer un critère d'appréciation. Le code s'aligne ainsi sur la position de la Cour de justice des Communautés européennes qui avait reconnu la validité du critère environnemental, après avoir reconnu la validité du critère du mieux disant social *(CJCE, 17 sept. 2002, aff. C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab et Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne : Contrats-Marchés publ. 2002, comm. 225)*. Selon cette décision peuvent être pris en compte : "des critères relatifs à l'environnement pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas au dit pouvoir une liberté inconditionnée de choix [et]sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non discrimination". Les exigences environnementales sont prises en compte notamment par les articles 14, 45 et 53. Toutefois, le critère environnemental peut être un critère de jugement des offres dès lors qu'il est justifié par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Ce critère devra expressément respecter les principes posés par l'article 1er du code, qu'il ne devra pas être formulé de manière à donner un pouvoir discrétionnaire à l'acheteur public lors du choix de la meilleure offre.

Les performances en matière de développement des approvisionnements directs des produits de l'agriculture : ce critère a été introduit par le décret du 25 août 2011 *(D. n° 2011-1000, 25 août 2011 : Journal Officiel 19 Janvier 2005)*.

Cette mesure a été introduite afin de permettre de rapatrier de la valeur ajoutée pour les agriculteurs en diminuant le coût des intermédiaires et de préserver l'environnement en limitant le déplacement des produits et le recours aux plateformes de répartition (V. *DAJ, fiche Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats de la commande publique : disponible sur <http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/textes/cmp/code2006/fiche-decret-201*

Les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté. - Antérieurement à la loi du 18 janvier 2005, le Code des marchés publics de 2004 n'évoque la notion "de mieux disant social" qu'au titre des conditions d'exécution du marché *(CMP, art. 14)*. L'exclusion du critère social était constante en droit des marchés publics. Le fait pour un candidat d'intégrer dans son offre des dispositions visant à lutter contre le chômage ou contre l'exclusion ne pouvait constituer un

critère d'appréciation de l'offre *(CE, 10 mai 1996, n° 159979, Féd. nat. travaux publics et a. : JurisData n° 1996-050467 ; Rec. CE 1996, p. 164. - Rép. min. n° 48048 : JOAN Q, 2 juill. 2001, p. 3837 ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 168)*. L'explication tenait au fait que le critère du mieux disant social était considéré, en principe, sans relation avec l'objet ou les conditions d'exécution du marché et que la défense de l'emploi, fût-il local, ne faisait pas partie des buts en vue desquels la réglementation des marchés publics a été instituée *(CE, 10 mai 1996, n° 159979, Féd. nat. travaux publics et a., préc. - Rép. min. n° 3115 : JO Sénat Q 24 mai 2001, p. 1767)*. L'article 58 de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 *(Journal Officiel 19 Janvier 2005)* de programmation pour la cohésion sociale a modifié l'article 53, II, du Code des marchés publics de 2004 en introduisant la possibilité pour l'acheteur public d'apprécier une offre au regard de ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficultés. Ce dispositif est repris à l'article 53 du code de 2006. Ce faisant, le code s'aligne sur la position de la Cour de justice des Communautés européennes, qui a admis la légalité du critère d'attribution relatif à la lutte contre le chômage dès lors que celui-ci respecte les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination, et qu'il est expressément mentionné dans l'avis d'appel public à concurrence *(CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-225/98, Comm. CE c/ Rép. française : Contrats-Marchés publ. 2000, comm. 36 à 38)*. Une réponse ministérielle rappelle la possibilité de combiner ou d'utiliser isolément la clause d'insertion sociale et le critère social avec les avantages et inconvénients respectifs de chacune des formules *(Rép. min. n° 00422 : JO Sénat Q 8 oct. 2009, p. 2365 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 375)*.

Le coût global d'utilisation. - Ce critère permet à l'acheteur public de *"tenir compte de l'ensemble des coûts prévisibles à moyen et long termes qui pèseront sur la collectivité publique du fait de cet achat"*. Cette notion fait référence au prix d'acquisition du matériel, mais également à son amortissement, son entretien, ainsi qu'au au prix des consommables nécessaires. Il semble particulièrement pertinent pour des marchés d'acquisition de certaines fournitures (achat de véhicules, notamment). Une grille d'appréciation du coût d'utilisation pourra être fournie dans le dossier de consultation des entreprises afin de faciliter l'analyse des offres sur ce critère. De même, les pouvoirs adjudicateurs sont incités à prendre en compte les coûts induits par la prestation proposée. À cet égard, il est conseillé pour les acheteurs publics de ne pas négliger les coûts induits par l'opération d'achat, soit du fait de l'accroissement des charges d'entretien ou d'exploitation pour le pouvoir adjudicateur, soit en termes d'économies résultant d'avancée technologique ou d'innovation. Tel est le cas, par exemple pour un investissement dans des équipements conçus avec le souci de la maîtrise d'énergie ou utilisant une énergie renouvelable : s'il coûte plus cher à l'achat, il est susceptible de se révéler à l'usage plus rentable qu'un équipement standard. Ainsi, une prestation ou fourniture plus chère à l'achat peu s'avérer moins coûteuse pour l'opération par des économies résultant d'avancées technologiques (économie d'énergie, abaissement des charges d'exploitation, d'entretien, de personnel etc.). À l'inverse, il convient que les acheteurs veillent à ce qu'un achat réalisé par souci d'économie ne se révèle pas à l'usage plus coûteux.

Les coûts tout au long du cycle de vie. Ce critère peut sembler voisin du précédent toutefois quelques éléments les distinguent. "Les coûts tout au long du cycle de vie" peuvent comprendre l'ensemble des coûts à supporter pendant la durée de vie du produit ou du service tel que celui de son acquisition, de son fonctionnement (maintenance...) mais aussi celui lié à sa fin de vie (mise hors fonction, enlèvement, destruction, etc).

La rentabilité. - Ce critère s'analyse de manière à peu près identique au précédent (coût global d'utilisation) et devra permettre à l'acheteur public de veiller à ce qu'un achat ne se révèle pas plus coûteux à l'usage qu'à l'achat initial.

Le caractère innovant de l'offre. - Souvent utilisé dans les marchés informatiques, ce critère permet d'apprécier le caractère éventuellement innovant de la technologie ou de la solution proposée.

Le service après vente et l'assistance technique. - Ces critères ne peuvent être utilisés que si le dossier de consultation des entreprises, et plus précisément le cahier des charges, imposent ce type de prestations. Les modalités du SAV et de l'assistance technique devront notamment être précisées par les candidats.

La date de livraison. - Assez proches du critère délai, ce critère est plus particulièrement adapté aux marchés de fournitures ou de services.

Le délai de livraison ou d'exécution. - Le délai d'exécution pourra être utilisé si l'on souhaite laisser aux candidats soit l'initiative de la fixation des délais soit la possibilité de s'engager sur des délais inférieurs à ceux fixés par l'Administration. Il sera par exemple possible de prévoir la clause suivante dans l'acte d'engagement : "Le délai maximal fixé par l'Administration est de dix mois. Les candidats pouvant s'engager sur un délai inférieur dans l'acte d'engagement". Par contre, le critère ne présente plus d'intérêt lorsque le délai est fixé de manière intangible par la personne publique. Il en est de même du délai de livraison plus adapté aux marchés de fournitures et services alors que le délai d'exécution concernerait davantage les marchés de travaux. Cette liste, fournie par l'article 53 du Code des marchés publics, demeure non exhaustive, d'autres critères pouvant toujours être pris en considération s'ils sont justifiés par l'objet du marché *(CMP 2006, art. 53, I)*.

Un réponse ministérielle a précisé que la rapidité d'intervention d'un prestataire de services juridiques peut constituer un critère de choix de l'offre au titre du délai d'exécution. Ainsi, il n'a pas nécessairement de caractère de préférence locale et n'est donc pas en soi discriminatoire. En revanche, précise la réponse ministérielle, *"la participation du prestataire apparaît difficile à appréhender comme critère de choix des offres. C'est tout particulièrement avéré en tant que valeur technique, dont la définition reste délicate et parfois sujette à contentieux. Il semble préférable d'en faire une obligation et de l'inclure dans le cahier des charges si l'objet du marché le permet. Par ailleurs, une obligation d'implantation géographique, si elle est justifiée par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution, peut constituer une condition à l'obtention du marché. Ainsi, un candidat qui s'engage à s'implanter localement en cas d'attribution du marché doit être considéré comme satisfaisant à cette obligation, au même titre qu'un candidat déjà implanté" (CE, 14 janv. 1998, n° 168688, sté Martin-Fourquin : JurisData n° 1998-050006 . - Rép. min. n° 95927 : JOAN Q 22 mars 2011, p. 2727)*.

La sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles.-- Ce critère a été ajouté par le décret paru le 15 septembre au JO (décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité). Il vise plus directement les achats d'armement mais pourraient également concerner tout achat de matériels ou d'instruments par exemple dans le domaine de l'instrumentation médicale dans un hôpital. Ainsi, la sécurité d'approvisionnement peut être un critère déterminant pour des achats tels que les produits pharmaceutiques qui ont des exigences particulières vis à vis de leur destination : urgence des soins imposant une disponibilité du fournisseur, assistance rapide etc. En ce qui concerne l' interopérabilité, celle-ci se définit comme la capacité que possède un produit ou un système, dont les interfaces sont intégralement connues, à fonctionner avec d'autres produits ou systèmes existants ou futurs et ce sans restriction d'accès ou de mise en oeuvre. L'interopérabilité est considérée comme très importante voire critique dans de nombreux domaines, dont l'informatique, le médical au sens large, les activités ferroviaires, l'électrotechnique, l'aérospatiale, le domaine militaire et l'industrie en général. Les différents systèmes, appareils et éléments divers utilisés doivent pouvoir interagir sans heurts.

11. - Exception du critère unique - L'article 53 du Code des marchés publics dispose que pour attribuer le marché au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, *"le pouvoir adjudicateur se fonde [...] 2°) soit compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix" (CMP, art. 53, I)*. Il est donc possible de ne définir qu'un seul critère de jugement des offres et, dans cette hypothèse, le critère unique à retenir doit être le prix. Toutefois, cette appréciation de l'offre économiquement avantageuse devra être justifiée par l'objet du marché. Cette interprétation plutôt restrictive est confirmée par le Guide des bonnes pratiques. Ce dernier rappelle que le code n'impose nullement que le prix tienne une place prépondérante par rapport aux autres critères. Toutefois l'acheteur peut se fonder sur ce seul critère si l'objet de son marché le justifie. Cela peut être le cas pour des achats de fournitures courantes par exemple.

Une réponse ministérielle a précisé que le recours au critère unique du prix n'a pas à être justifié dans le rapport de présentation du marché. Le ministre considère en effet que l'article 75, 5°, du Code des marchés publics, devenu l'article 79 du Code des marchés publics 2006, relatif au rapport de

présentation n'impose pas au représentant du pouvoir adjudicateur de motiver sa décision de recourir au critère unique du prix alors qu'il lui impose de justifier les éventuels critères additionnels qu'elle aurait pu retenir *(Rép. min n° 14228 : JO Sénat Q 13 janv. 2005, p. 103 ; Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 134)*. Il convient de préciser que le pouvoir adjudicateur devra toutefois veiller à ce que sa décision soit justifiée par l'objet du marché quand bien même elle n'aura pas à l'argumenter dans le rapport de présentation. Le Conseil d'État confirme ainsi que le choix des critères d'appréciation des offres, y compris celui du prix le plus bas, doit être justifié par l'objet du marché *(CE, 2 avr. 2007, n° 298584, dpt Isère : JurisData n° 2007-071748 ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 171)*. En l'espèce, le Conseil d'État estime que le juge des référés a pu régulièrement se fonder sur la complexité des travaux pour estimer que le critère du prix était inadapté. Dans cette même affaire, le juge considère que le fait que le code français fasse dépendre également de l'objet du marché le recours au seul critère du prix n'est pas incompatible avec les objectifs de la directive européenne 2004/18 du 31 mars 2004.

Attention : C'est donc bien en fonction de l'objet du marché, c'est-à-dire de ce qui est acheté, que la personne publique pourra recourir au seul critère du prix.Sans doute faudra-t-il réserver le critère unique du prix à des marchés simples et de taille modeste pour lesquels les autres critères sont difficiles à apprécier (par exemple un marché de peinture). Encore que la valeur technique, appréciée par exemple en fonction de la qualité des matériaux, des moyens humains et matériels affectés au marché, conserve généralement toujours son intérêt.

d) Principe de séparation entre critères de sélection des candidatures et critères de sélection des offres

12. - Séparation des éléments d'appréciation de la candidature et de ceux permettant d'apprécier les offres - En principe, il existe une intangibilité entre les éléments permettant d'apprécier les candidatures et ayant trait à la capacité technique, professionnelle et financière et les critères permettant de juger des offres, les premiers ne pouvant plus être utilisés au niveau du jugement des offres. Cette séparation a été exprimée de manière ferme par la CJCE *(CJCE, 24 janv. 2008, aff. C-532/06, Emm. G. Lianakis AE e.a c/ Dimos Alexandroupolis e.a. : Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 54)*.

La CJCE a également rappelé ce principe en indiquant que, quand bien même la vérification de l'aptitude des soumissionnaires peut se dérouler simultanément avec l'attribution des offres, il s'agit bien de deux opérations distinctes régies par des règles différentes. Au cas d'espèce, la cour a considéré que l'expérience spécifique et générale des candidats et notamment les études déjà réalisées sur des sujets similaires ainsi que leur capacité à effectuer l'étude dans le délai prévu ne peuvent être un critère de sélection des offres *(CJCE 12 nov. 2009, aff. C-199/07, comm. CE c/ Grèce : Contrats-Marchés publics 2009, comm. 380)*. Cette position a été reprise par la cour administrative d'appel de Nantes qui a également admis qu'un pouvoir adjudicateur ne peut légalement retenir comme critère de jugement des offres, un critère relatif à la capacité des candidats et en l'espèce à la qualité de leurs références *(CAA Nantes, 30 oct. 2009, n° 09NT00334, SA Soletanche Bachy France : JurisData n° 2009-016655 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 22)*, ainsi que par le conseil d'État *(CE, 8 févr. 2010, n° 314075, cne la Rochelle : JurisData n° 2010-000418 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 132)*.

La doctrine administrative va dans le même sens : *"la vérification de la capacité des candidats à livrer ou exécuter les produits ou prestations objets du marché puis l'attribution du marché sont deux opérations différentes. Les offres ne peuvent donc être jugées sur des critères qui relèvent de l'appréciation des capacités des candidats" (Circ. NOR : ECEM0928770C, 29 déc. 2009 : Journal Officiel 31 Décembre 2009, point 14.1.1, relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics)*.

Toutefois, la jurisprudence nationale semble plus souple et prend parfois quelques libertés avec ce principe (V. notamment, *CE, 6 mars 2009, n° 314610, cne Aix-en-Provence : JurisData n° 2009-075054*, pour un marché passé selon une procédure adaptée). Elle admet également que des éléments liés à l'expérience et à la formation et le nombre des intervenants affectés à l'exécution du marché puissent

permettre une appréciation de l'offre au titre de sa valeur technique sans que cela n'ait pour objet, ni pour effet, d'examiner à nouveau la capacité technique du candidat mais d'évaluer son offre, laquelle inclut nécessairement les moyens que le candidat envisage de mettre à la disposition du pouvoir adjudicateur *(TA Marseille, ord., 23 déc. 2008, n° 0808294, n° 0808522, n° 0808531, Assoc. Provence action service, cabinet liaisons humaines, sté Recherche et formation : Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 123)*. Cette solution avait déjà été dégagée antérieurement (V. notamment, *TA Paris, 2 déc. 2004, n° 0423907, sté Stratis : Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 10)*. Il avait ainsi été considéré que le pouvoir adjudicateur peut, en effet, pour l'évaluation des offres exiger des candidats qu'ils fournissent des renseignements précis concernant les compétences professionnelles ou l'expérience d'agents qu'ils prévoient d'affecter à l'exécution du marché *(Rép. min. n° 12698 : JOAN Q 13 mai 2008, p. 4022)*. En revanche, ne peut être admis comme élément d'appréciation d'une offre, un élément relevant strictement de l'appréciation de la capacité générale de l'entreprise, telle la qualification professionnelle de l'entreprise *(CE, 29 déc. 2006, n° 273783, sté Bertele : JurisData n° 2006-071223 ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 75)*.

Le Conseil d'État a pu déclarer illégal un critère de jugement des offres relatif à la qualification professionnelle des entreprises *(CE, 29 déc. 2006, n° 273783, sté Bertele SNC : JurisData n° 2006-071223 ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 75)*.

Le conseil d'État a jugé que les dispositions de l'article 53 du Code des marchés publics *"permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire"*. Toutefois, même en procédure adaptée, l'arrêt ne permet le recours à un critère tiré de l'expérience des candidats qu'à des conditions strictes. Un tel critère doit, comme n'importe quel critère, respecter toutes les conditions légales, notamment n'avoir aucun effet discriminatoire. L'arrêt précise que ce critère n'est légal que s'il est « nécessaire. Le pouvoir adjudicateur doit donc être en mesure d'expliquer que, eu égard à *"l'objet du marché et à la nature des prestations à réaliser"*, la présence d'un tel critère était indispensable. Enfin, l'arrêt mentionne le fait, qu'en l'espèce *"le critère d'expérience était pondéré à hauteur de 20 %" (CE, 2 août 2011, n° 348254, parc naturel régional des Grands Causses : JurisData n° 2011-015770)*.

À noter également qu'une cour administrative d'appel a également pris en compte le poids donné à ce critère pour considérer qu'il avait eu pour objet de procurer un avantage excessif à la société attributaire, seul opérateur à avoir organisé le type d'évènement objet du marché. En l'espèce la cour avait considéré que le critère des références, critère principal, était décomposé pour plus de la moitié d'un sous critère relatif à l'expérience similaire et d'un sous critère relatif à la justification d'une solide expérience *(CAA Douai, 7 juin 2011, n° 10DA00232, Office municipal de tourisme de Berck-sur-Mer c/ sté Image de vent : JurisData n° 2011-013926 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 255)*.

Conseil pratique

L'utilisation du critère des références pour juger de l'offre ne pourra donc qu'être exceptionnelle. Ces éléments d'appréciation de la valeur technique ayant trait, par exemple, à la formation, au cursus professionnel du personnel affecté, peuvent particulièrement se concevoir dans le cadre de certains marchés de prestations intellectuelles. Il convient toutefois de les mettre en oeuvre avec précaution dans la mesure où la jurisprudence communautaire est opposée à cette utilisation pour juger des offres et cette utilisation "sous conditions" ne pourra être possible que dans le cas des marchés à procédure adaptés.

2° Critères illégaux

13. - Critère géographique - Les critères liés à l'implantation locale des entreprises sont prohibés *(Rép. min. n° 17517 : JOAN Q 23 juill. 1990, p. 3530 ; Marchés publ. 1990, n° 252, p. 9)*. Les marchés attribués

à des entreprises au motif qu'il s'agit d'entreprises locales encourent systématiquement l'annulation *(TA Versailles, 4 janv. 1994, préfet Seine-et-Marne c/ dpt Seine-et-Marne : JCP G 1994, II, 22276, concl. Haïm)*. De même, le critère de préférence nationale est contraire à la réglementation communautaire *(CJCE, 22 juin 1993, aff. C-243/89, Comm. CE c/ Danemark : Rec. CJCE 1993, I, p. 3353)*.

Le critère de la localisation géographique n'est admis que lorsque la proximité immédiate des entreprises constitue une condition déterminante de la bonne exécution du marché *(Rép. min. n° 18114 : JO Sénat Q 6 sept. 1984, p. 1428. - TA Versailles, 4 janv. 1994, préfet Seine-et-Marne c/ dpt Seine-et-Marne, préc.)*. Tel pourrait être le cas pour des marchés de maintenance et d'entretien, à condition que l'exigence d'une intervention rapide de la part des entreprises ne présente pas de caractère artificiel. Sans que cela ne soit un critère, mais plutôt une clause prévue au marché, il a été précisé qu'une obligation d'implantation géographique, si elle est justifiée par l'objet du marché ou par ses conditions d'exécution peut néanmoins constituer une condition à l'obtention du marché. Un candidat qui s'engage à s'implanter en cas d'attribution du marché doit être considéré comme satisfaisant à cette obligation, au même titre qu'un candidat déjà implanté *(CE, 14 janv. 1998, n° 168688, sté Martin Fourquin : JurisData n° 1998-050006)*. Une cour administrative d'appel a ainsi pu considérer que le lieu de stationnement du parc de matériel des entreprises candidates ne révèle pas un critère de préférence locale. La cour estime toutefois regrettable le fait qu'à l'occasion de l'examen des offres, la commission d'appel d'offres (CAO) ait relevé que le centre décisionnel d'un des candidats n'était pas situé dans le chef-lieu du département. Elle écarte toutefois ce grief soulevé par le préfet au motif que cette considération était superfétatoire et que l'exclusion du candidat se trouvait justifiée par d'autres motifs *(CAA Marseille, 6 avr. 2007, n° 04MA02218, préfet Hautes-Alpes c/ dpt Hautes-Alpes : Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 214)*.

14. - Incompatibilité d'humeur - L'incompatibilité d'humeur lors de la réalisation de travaux antérieurs ne peut constituer un critère légal de rejet de candidatures par une commission d'appel d'offres *(CAA Marseille, 16 mai 2000, n° 97MA00916, sté Rafalli : Contrats-Marchés publ. 2000, comm. 39)*. Il s'agissait en l'espèce d'un appel d'offres restreint dans le cadre duquel la commission d'appel d'offres avait rejeté la candidature d'un candidat aux motifs de l'incompatibilité d'humeur et de relations tendues qui ont existé lors de réalisations antérieures.

> **Attention :** Même si ni les textes ni la jurisprudence ne sont venus entériner ce cas de figure, on peut tout de même penser que la solution aurait été différente si la personne publique avait pu établir des griefs tangibles à l'encontre du candidat, par exemple en ayant préalablement conservé des courriers en recommandé constatant les difficultés d'exécution liées au mauvais caractère de l'intéressé.

Il faut noter que pour les cas de mauvaise exécution en général, lors de marchés précédents, la jurisprudence a admis l'éviction de sociétés à condition de rejeter le candidat avant de connaître son offre et d'apporter la preuve de la mauvaise exécution (par exemple par des échanges de courriers en recommandé, des mises en demeure d'exécuter, etc.). Cette éviction ne peut avoir lieu qu'après que la capacité technique professionnelle et financière de l'entreprise candidate ait été examinée (V. notamment, *CE, 27 févr. 1987, n° 61402, hôpital dptal Esquirol : JurisData n° 1987-606261. - TA Besançon, 8 févr. 1996, n° 95-1215, SA Tétra. - CAA Paris, 5 déc. 2002 n° 99PA02224, UGAP : JurisData n° 2002-206454)*.

15. - Taille des entreprises candidates - Est illégal, parce qu'étranger à l'objet de la réglementation des marchés publics, le critère tiré de la taille des entreprises candidates, même s'il a pour but de favoriser l'accès des PME aux marchés publics et quel que soit l'intérêt qui s'attache à cet objectif *(CE, 13 mai 1987, n° 39120, sté Wanner Isofi isolation : JurisData n° 1987-606336 ; Rec. CE 1987, p. 171)*.

16. - Critères tirés de la capacité technique financière et professionnelle des candidats - Les éléments relatifs à la capacité technique, professionnelle et financière, ne peuvent être utilisés pour l'appréciation des offres - Voir *supra* n° 12.

17. - Distinction entre critères et clauses du contrat - De manière générale les clauses et

prescriptions écrites et définies par la personne publique et qui s'imposent aux candidats ne peuvent constituer des critères de jugement des offres. Ainsi, le juge a pu considérer, dans le cadre d'un marché d'assurance, que le fait d'avoir décomposé le critère de la valeur technique en deux sous-critères, respectivement "respect des garanties exigées au CCTP" et "valeur ajoutée des garanties proposées par rapport aux exigences de base du cahier des charges" était illégal. Le juge considère en l'espèce que, d'une part, le respect d'un document contractuel ne peut constituer un critère d'appréciation de l'offre et, d'autre part, le défaut de précision sur les garanties attendues aboutit à conférer au pouvoir adjudicateur une marge d'appréciation arbitraire *(TA Saint-Denis de la Réunion, ord., 17 févr. 2010, n° 10-00093 et n° 10-00094, sté Assurco c/région Réunion : Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 248, note F. Llorens)*.

Le juge de première instance a pris en compte la spécificité des marchés d'assurance en considérant comme régulière l'appréciation d'un sous-critère relatif au respect du cahier des charges *(TA Besançon, ord. 21 déc. 2010, n° 1001581)*, alors qu'antérieurement le juge était réticent à valider cette pratique *(TA Saint-Denis de la Réunion, 17 févr. 2010, n° 1000093, sté Assurco)*.

II. - Modalités d'utilisation des critères de jugement des candidatures et des offres

A. - Utilisation des critères en vue de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse

18. - Modalités d'indication des critères de jugement des candidatures - Dans une ordonnance rendue le 6 décembre 2007, le tribunal administratif de Toulouse a jugé que les critères de sélection des candidatures doivent impérativement être indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence et que la seule mention, dans le règlement de la consultation, n'est autorisée, en vertu de l'article 45 du Code des marchés publics, qu'à titre subsidiaire en l'absence d'un avis d'appel public à la concurrence *(TA Toulouse, ord., 6 déc. 2007)*. En cas de procédure adaptée prévoyant une sélection des candidatures, les critères de sélection des candidatures, ainsi que les renseignements et documents au vu desquels la sélection sera opérée, doivent être portés à la connaissance des candidats dès l'engagement de la procédure *(CE, 24 févr. 2010, n° 333569, cnautés de cnes L'Enclave des papes : JurisData n° 2010-000769 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 131)*.

Le juge exerce un contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation dans la mise en oeuvre de ces critères *(CE, 23 janv. 2012, n° 346970, cne Six-Fours-les-Plages : JurisData n° 2012-000997 ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 99)*.

19. - Modalités d'indication des critères de jugement des offres - Les critères de jugement des offres doivent être portés à la connaissance des candidats potentiels. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs se fondent sur divers critères en vue d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, ils sont tenus de mentionner ces critères soit dans l'avis de publicité, soit dans le cahier des charges. Par conséquent, un renvoi général à une disposition de la législation nationale ne saurait satisfaire à cette exigence de publicité. N'est donc pas légale la méthode dite d'attribution par référence au Code des marchés publics *(CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-225/98, Comm. CE c/ Rép. française : Contrats-Marchés publ. 2000, comm. 38)*.

Les critères doivent donc figurer dans l'avis de publicité ou dans le règlement de la consultation. L'alternative est possible entre les deux et a été reconnue par le Conseil d'État *(CE, 9 août 2006, n° 284577, Hairis SAS : JurisData n° 2006-070707)*. L'objectif étant que les candidats connaissent à l'avance la manière dont leur offre sera jugée.

Si la personne publique pondère les critères de sélection des candidatures ou de sélection des offres, cette pondération doit impérativement être indiquée dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation *(CJCE, 12 déc. 2002, aff. C-470/99, Universale-Bau AG c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH : Contrats-Marchés publ. 2003, comm. 51)*.

L'obligation de porter à la connaissance des candidats les critères qui serviront à apprécier les offres existe également dans les procédures allégées. Ainsi, une cour d'appel a pu considérer que les achats de service bénéficiant de la procédure allégée nécessitent une communication de nature à informer les candidats des

critères d'attribution du marché. La cour a considéré que tel n'est pas le cas lorsque la personne publique contractante a attribué le marché en fonction d'un système de notation mis en place par rapport à des critères d'habilitation alors qu'elle n'avait pas porté à la connaissance des candidats, notamment dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les cahiers des charges, les critères d'attribution de ces habilitations *(CAA Versailles, 6 déc. 2005, n° 03VE04081, assoc. PACTE c/ ANPE)*. Toujours en ce qui concerne la procédure adaptée, le juge a indiqué que les critères de jugement des offres devaient donner lieu à une information appropriée dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Il a estimé que le pouvoir adjudicateur pouvait se borner à énumérer dans l'avis d'appel public à la concurrence les deux critères de sélection des candidatures puis décider de les classer par ordre d'importance dans le règlement de la consultation *(CAA Marseille, 15 oct. 2009, n° 07MA03259, EURL RSD : JurisData n° 2009-015206 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 392)*.

20. - Modalités d'indication des méthodes de notation et de mise en oeuvre des critères de jugement des offres - Une réponse ministérielle précise que l'obligation d'indication des critères d'attribution et de la part respective de chaque critère dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou dans le règlement de la consultation, ne s'étend pas aux méthodes de notation. Toutefois, la technique d'attribution de la note doit être connue avant l'analyse multicritères et doit être la même pour tous. Le pouvoir adjudicateur, précise le ministre, n'est donc pas tenu de mentionner les méthodes de notation dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation. Cependant, le choix de la méthode étant déterminant sur le résultat obtenu, il doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique et pouvoir en justifier devant le juge. Il est recommandé d'assurer la plus grande transparence des méthodes de notation *(Rép. min. n° 21229 : JO Sénat Q 8 mars 2007, p. 534 ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 210)*. Dans une autre réponse, le ministre précise également que le code n'exclut pas à priori que le pouvoir adjudicateur puisse fixer sur un ou plusieurs critères une note éliminatoire ou un nombre de points minimum en-dessous duquel l'offre classée est écartée sous la seule réserve que cet aménagement particulier de la notation soit annoncé et qu'il ne soit pas discriminatoire *(Rép. min. n° 21278 : JO Sénat Q 1er mars 2007, p. 457 ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 157)*.

La question de savoir si les modalités de mise en oeuvre des critères doivent également être portées préalablement à la connaissance des candidats ne semble pas totalement tranchée, quand bien même les juges semblent exclure l'obligation de porter la méthode de notation dès l'engagement de la procédure de passation (V. en ce sens, *CE, n° 333737, 21 mai 2010, cne Ajaccio : JurisData n° 2010-006704 ; Contrats publics, sept. 2010, n° 102, p. 15. - CE, n° 334279 31, mars 2010, collectivité territ. Corse : Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 240 ; Contrats publ. mai 2010, n° 99)*. Le tribunal administratif de Marseille a, par exemple, considéré que les modalités d'application des critères de jugement des offres n'avaient pas à être portées à la connaissance des candidats au même titre que les critères eux-mêmes, sauf à ce que ces modalités n'aient pour effet d'introduire de nouveaux critères d'appréciation ou de remettre en cause ceux retenus ou la pondération les concernant *(TA Marseille, ord., 2 mars 2009, n° 09-00786, sté Sotec : Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 157)*. Le juge a ainsi pu estimer que le pouvoir adjudicateur avait pu valablement retenir une méthode d'évaluation des prix proposés consistant à ne pas attribuer à l'offre comprenant le prix le plus bas la note maximale, mais une note relative par rapport à la moyenne des prix proposés par l'ensemble des candidats, qui doit, comme en l'espèce, refléter les valeurs respectives des offres du point de vue de ce critère. Le juge a, par ailleurs, considéré qu'il était possible au pouvoir adjudicateur d'apprécier la valeur technique des offres à partir de certains éléments correspondant aux points qui devaient être abordés par les candidats dans leur mémoire justificatif.

À l'inverse, dans deux décisions portant sur des délégations de services publics, les juges ont considéré qu'étaient entachées d'irrégularité les procédures de mise en concurrence qui ne comportaient pas la mention et la publicité des critères de choix des offres et les modalités de mise en oeuvre *(TA Versailles, 28 mai 2009, n° 09447, sté Antenna audio. - CAA Lyon, 14 mai 2009, n° 07LY02163, SEMARAP : JurisData n° 2009-005037)*. Dans le même sens, le Conseil d'État a précisé que le pouvoir adjudicateur avait méconnu les principes rappelés à l'article 1er du Code des marchés publics, faute d'avoir, dès l'engagement de la procédure, porté à la connaissance des candidats les critères d'attribution des marchés qu'elle se proposait de conclure et les conditions de leur mise en oeuvre, selon des modalités appropriées à leur objet, leurs caractéristiques et leurs montants *(CE, 30 janv. 2009, n° 290236, ANPE c/ assoc. PACTE : JurisData*

n° 2009-074852 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 121).

De même, pour une délégation de services publics, le juge a rappelé que les principes généraux du droit de la commande publique imposent que les candidats à l'attribution d'une délégation de services publics reçoivent, avant le dépôt des offres, une information sur les critères de sélection de celles-ci. Le juge précise toutefois qu'il revient à l'autorité délégante de choisir le délégataire, après négociation, au regard d'une appréciation globale des critères, sans être contrainte par des modalités de mise en oeuvre préalablement déterminées *(CE, 23 déc. 2009, n° 328827, Établissement publ. du musée et domaine de Versailles : JurisData n° 2009-017405 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 83)*.

Le juge administratif confirme qu'il n'y a pas lieu de pondérer les éléments d'appréciation de l'offre, en l'espèce les sous-critères de la valeur technique, ni de publier la méthode de notation *(CAA Nancy, 5 août 2010, n° 09NC00016, cnauté de cnes pays de Lure : JurisData n° 2010-016439, Contrats-Marchés publ. 2010, comm 331, note F. Llorens)*.

Toutefois la publication de la pondération des sous-critères et les modalités de leur mise en oeuvre peut devenir obligatoire si elle est susceptible d'exercer une influence sur la présentation des offres (V. en ce sens, *TA Paris, ord., 7 avr. 2011 n° 11-05326, sté L'appel du livre : Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 202*).

21. - Précisions données par le Guide des bonnes pratiques - Le Guide des bonnes pratiques insiste sur l'importance des critères pour le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il indique notamment que l'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas forcément assimilée au prix le plus bas, ce qui bien entendu ne doit pas conduire l'acheteur à minorer exagérément l'importance du critère prix dans l'analyse des offres. Le Guide rappelle enfin la nécessité de prendre en compte les coûts induits par l'opération d'achat *(Circ. NOR : ECEM0928770C, 29 déc. 2009, citée supra n° 12, relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics)*.

22. - Justification des critères - Les critères doivent être justifiés par l'objet du marché *(CMP, art. 53)*. Sauf à s'exposer à de sérieux risques contentieux, on ne peut prévoir de critères dépourvus de lien avec l'objet du marché. La personne publique n'a d'ailleurs aucun intérêt à prévoir un critère non pertinent par rapport à l'objet du marché. Au besoin, si le marché le justifie, la personne publique pourra préciser que d'autres critères que ceux de l'article 53 du Code des marchés publics entreront en ligne de compte.

Le conseil d'État a considéré que la personne publique était libre de choisir les critères d'attribution du marché et de retenir le critère esthétique. Cependant, en accordant à ce critère une place prépondérante (50 %) sans fournir aucune indication sur ses attentes en la matière, la personne publique s'est donnée une liberté de choix discrétionnaire et, ce faisant, n'a pas organisé un examen des offres permettant d'assurer l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure. Dans cette même affaire, le juge avait également considéré que la personne publique pouvait valablement ne retenir le prix dans aucun des trois critères choisis, celui-ci n'étant pas justifié par l'objet du marché *(CE, 28 avr. 2006, cne Toulouse, n° 280197 : JurisData n° 2006-070181, cité supra n° 3 et 10)*.

Le juge a, par ailleurs, considéré que si un requérant invoque une inadéquation des critères de sélection des offres avec l'objet du marché, il doit en apporter la preuve et que, dès lors que les critères d'un marché public ne sont contraires à aucune disposition légale ou réglementaire, il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier l'opportunité desdits critères. En l'espèce la société requérante invoquait le fait que, pour le marché en cause (travaux de construction de la cuisine centrale pour les cantines scolaires et la petite enfance - lot relatif à la fourniture du matériel), le critère prix pondéré à 55 % constituait une irrégularité au motif qu'existerait une inadéquation entre les critères et l'objet spécifique du marché, sachant que pour ce type de marché, la qualité sanitaire des produits à fournir et leur valeur technique seraient davantage appropriées. Le tribunal n'a pas retenu ce moyen *(TA Besançon, ord., 5 avr. 2008, n° 0800502)*.

Selon le tribunal administratif de Versailles, la prise en considération pour le choix des offres d'un critère sans lien avec l'objet du marché méconnaît les principes de libre accès à la commande publique et de transparence des procédures. Tel est le cas pour une délégation de service public lorsqu'il peut être

démontré que l'autorité délégante a pris en compte pour le choix des offres la création d'emplois qui était sans rapport avec les besoins du service délégué et donc sans lien avec l'objet du contrat *(TA Toulouse, ord., 5 janv. 2010, n° 0905678, Sté lyonnaise des eaux : Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 117)*.

Attention : Le Code des marchés publics considère que la personne publique doit se fonder sur des critères variables. Il ne semble donc pas possible de prévoir le jugement d'une offre à partir d'un seul critère, sauf dans le cas expressément prévu par le code qui ne peut concerner que le prix *(V. supra n° 11)*. Mieux vaut, par conséquent, définir au moins deux critères de jugement des offres.De plus, même en prenant cette précaution, le problème pourrait se poser si le prix et le délai ont été fixés par la personne publique. En pareil cas, il conviendra de créer un nouveau critère approprié à l'objet du marché.

23. - Définition des critères - Le principe de transparence énoncé à l'article 1er du Code des marchés publics implique que les critères soient définis et portés à la connaissance des candidats. Il importe donc d'indiquer dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation la manière dont la personne publique envisagera d'apprécier les différents critères qu'elle aura définis. Ainsi, le juge administratif sanctionne l'imprécision des critères et n'autorise pas l'introduction en cours de procédure d'éléments d'appréciation d'un critère qui aurait été défini de manière imprécise. Le tribunal administratif de Marseille a annulé un marché au motif qu'alors que le critère prépondérant annoncé dans la publicité était la valeur technique, la commission d'appel d'offres avait, par la suite, décomposé ce critère en deux sous-critères d'égale valeur sans que ceux-ci aient été préalablement portés à la connaissance des candidats. Le juge considère dans cette affaire que la personne publique ne pouvait pas, pour pallier à l'imprécision du critère valeur technique qui avait été mentionné dans l'avis de publicité, sans pour autant y être défini, instituer pour apprécier cette valeur deux nouveaux critères qui n'avait pas été portés à la connaissance des candidats *(TA Marseille, 26 juill. 2006, n° 0604605, cité supra n° 10)*. Dans le même sens, le conseil d'État a sanctionné l'imprécision d'un critère pour lequel le pouvoir adjudicateur avait conféré une part prépondérante sans expliquer la manière dont il entendait apprécier les offres sur ce critère *(CE, 28 avr. 2006, cne Toulouse, cité supra n° 10)*.

Le juge administratif a considéré que, dans la mesure où le pouvoir adjudicateur retient notamment le critère du prix dans la passation d'un marché public dont les prix des prestations sont des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en oeuvre de ce critère. Le fait, pour le pouvoir adjudicateur, d'avoir élaboré une commande type pour comparer les prix des prestations relatives à l'entretien spécial des équipements, et de ne pas l'avoir communiquée aux candidats ne permet pas de considérer que ceux-ci ont bénéficié d'une information appropriée sur le jugement du critère prix *(TA Versailles, 18 déc. 2009, n° 074367, n° 074369 et n° 087770, sté El Ale : Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 63)*. Le tribunal administratif de Marseille a toutefois déclaré légal ce procédé *(V. TA Marseille, ord., 8 juin 2010, n° 10-03386, sté Entr. gén. d'électricité Noël Béranger, cité supra n° 10)*.

Le Conseil d'État considère que les principes de la commande publique de l'article 1er du code imposent que les marchés à procédure adaptée soient précédés de l'indication des conditions de mise en oeuvre des critères de choix *(CE, 24 févr. 2010, n° 333569, cnauté de cnes L'Enclave-des-Papes c/ sté Entr. gén. d'électricité Noël Béranger, citée supra n° 18)*.

Conseil pratique

Proposition de rédaction. - Le règlement de consultation pourra être conçu de la manière suivante :

La valeur technique sera appréciée à partir du mémoire justificatif joint par les candidats à leur offre intégrant notamment les moyens humains et matériels affectés au marché, la gestion des déchets, la méthodologie employée.

Le délai sera apprécié à partir du délai sur lequel s'engagent les candidats dans l'acte d'engagement, de la corrélation

entre les moyens matériels et humains mis à disposition et le délai proposé, du planning prévisionnel requis.

Le prix des prestations sera apprécié à partir du montant de l'offre porté à l'acte d'engagement tel que résultant du devis estimatif quantitatif et des prix unitaires portés au bordereau ou à partir du montant global et forfaitaire de l'offre et de l'examen des prix unitaires portés dans la décomposition du prix global et forfaitaire.

24. - Respect des critères - Une fois les critères portés à la connaissance des candidats potentiels à l'attribution du marché, il n'est plus possible d'en modifier la liste soit par addition soit par soustraction, ou en en changeant la pondération ou le classement. De la même façon, les précisions ou les explications qui, dans le cadre d'un appel d'offres, peuvent être demandées sur le contenu de l'offre ne peuvent modifier les critères ou en modifier l'ordre ou la pondération. On signalera toutefois une ordonnance du tribunal administratif de Nice, qui a considéré qu'une inversion dans la pondération des critères liée à une erreur d'un journal d'annonces légales ne conduisait pas à l'annulation du marché, le requérant ayant eu suffisamment la possibilité de s'informer avant la remise des offres auprès de la collectivité de la pondération qu'il convenait d'appliquer *(TA Nice, ord., 27 juin 2006, assoc. Environnement Méditerranée c/ dépt Var : JCP A 2006, 1167)*.

Dans le cadre d'une délégation de service public, le juge a considéré que l'autorité délégante, si elle ne pouvait supprimer l'un des critères énoncés dans l'avis d'appel à candidature, peut, en revanche, au stade du règlement de la consultation remis aux candidats sélectionnés et avant qu'ils ne déposent leur offre, en regrouper plusieurs et affecter la totalité d'entre eux d'une pondération *(CAA Marseille, 15 oct. 2009, n° 07MA03623, Joseph X : JurisData n° 2009-015036 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 401 et 402)*.

Il n'est pas possible de neutraliser, au stade de la mise en oeuvre, l'un des critères de jugement des offres annoncés. Cette neutralisation peut résulter soit d'une absence de mise en oeuvre du critère en jugeant par exemple les offres identiques, soit d'une formulation trop générale ou inadaptée ne permettant pas la comparaison des offres (V. par exemple, *TA Grenoble, 18 janv. 2011, n° 1005929, sté SITA MOS c/ synd. mixte pour le traitement des ordures ménagères de Tarentaise. -* ou *TA Paris, 14 mai 2010, n°100774, sté Ségat : Contrat publ. 2011, n° 110, p. 61*). Dans le même sens, le conseil d'État a rappelé le principe selon lequel le pouvoir adjudicateur est tenu de prendre en compte l'ensemble des critères prévus par le règlement de la consultation, y compris dans les procédures adaptées *(CE, 27 avr. 2011, n° 344244, sté Laboratoire Notre-Dame-des-Champs : JurisData n° 2011-007063 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 165)*.

25. - Caractère obligatoire de la pondération des critères - La technique de la pondération, qui était déjà fortement encouragée au niveau européen, devient une obligation avec l'adoption de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 *(JOUE n° L 134/1, 30 avr. 2004*. - Pour une analyse du texte, *V. W. Zimmer, La directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004. Premières réflexions : Contrats-Marchés publ. 2004, chron. 5)*. Cette directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux de fournitures et de services indique en effet que *"[...] sans préjudice des dispositions du troisième alinéa, dans le cas prévu au paragraphe 1, point a), le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges ou, dans le cas du dialogue compétitif, dans le document descriptif, la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié. Lorsque, d'après l'avis du pouvoir adjudicateur, la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, il indique dans l'avis de marché ou le cahier des charges, ou dans le cas du dialogue compétitif, dans le document descriptif, l'ordre décroissant d'importance des critères" (PE et Cons. UE, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004, préc.)*

En application de la directive unifiée et de la jurisprudence désormais constante en la matière (V. notamment, *CE, 29 juin 2005, n° 267992, cne Seyne-sur-Mer : JurisData n° 2005-068668. - CE, 7 oct. 2005, n° 276867, cnauté urbaine Marseille Provence Métropole)*, le code 2006 a érigé la pondération en obligation. L'article 53 du Code des marchés publics dispose que pour les marchés passés selon une procédure formalisée et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération.

Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié.

Le pouvoir adjudicateur qui estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible notamment du fait de la complexité du marché, indique les critères par ordre décroissant d'importance. En pratique, cette démonstration pourra s'avérer difficile. Les critères, ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation, sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

26. - Exceptions au caractère obligatoire de la pondération des critères -

Pour les critères de sélection des candidatures. - En revanche, cette même obligation ne s'étendrait pas aux critères de sélection des candidatures définis dans le cadre des procédures restreintes, en application de l'article 52 du Code des marchés publics *(V. supra n° 5)*.

Pour les marchés à procédure adaptée. - Cette obligation de pondération ne s'étendrait pas aux marchés à procédure adaptée ; l'article 53 du Code des marchés publics 2006 réservant explicitement l'obligation de pondération aux procédures formalisées. Une réponse ministérielle est venue confirmer l'absence d'obligation de pondérer les critères d'attribution dans le cadre des procédures adaptées *(Rép. min. n° 24186 : JO Sénat Q 4 janv. 2007, p. 27 ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 93)*. De même, la CJUE a confirmé l'absence d'obligation de pondération des critères de jugement des offres pour les marchés de service passés selon une procédure adaptée en vertu de l'article 30 du Code des marchés publics *(CJUE 18 nov. 2010, aff. C-226/09, Comm UE c/ Irlande*).

Toutefois, dans un souci de transparence il pourrait être utile de pondérer les critères y compris dans le cadre des MAPA. Le juge administratif a considéré que, à partir du moment où l'analyse des offres était opérée en fonction de la pondération de sous-critères susceptibles de l'influencer, la non communication de celle ci est de nature à entraîner l'annulation de la procédure. Il en est de même pour l'analyse des offres sur la base d'un sous-critère non annoncé dans le règlement de la consultation *(TA Orléans, ord. 13 déc. 2010, n° 1003989)*.

Une cour administrative d'appel a également confirmé qu'en procédure adaptée, il n'y a pas d'obligation de pondérer les critères, si ceux-ci sont hiérarchisés *(CAA Lyon, 5 avr. 2012, n° 10LY01016, cabinet MPC Avocat : JurisData n° 2012-010115, ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm 187)*.

Pour les concours de maîtrise d'oeuvre. - Le Code des marchés publics exclut expressément les procédures de concours de maîtrise d'oeuvre de l'obligation de pondération des critères de jugement des offres. Le code dispose ainsi que *"Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération" (CMP, art. 53, II)*.

Selon la CJCE, une pondération des critères d'attribution d'un marché de services non soumis au respect des dispositions de la directive 2004/18 sur les critères d'attribution peut intervenir après la présentation des offres à deux conditions : la connaissance de cette pondération n'aurait pas influencé la préparation des offres et elle ne peut être modifiée en cours d'examen. A notamment été sanctionné le fait qu'ultérieurement à un premier examen des offres, la pondération des critères et la grille de notation fournies aux membres de la CAO ont été modifiées *(CJUE, 18 nov. 2010, aff. C-226/09, Comm. CE c/ Irlande : Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 6)*.

27. - Question des sous-critères - La question peut se poser de savoir si l'obligation de pondération peut s'appliquer aux sous-critères et s'il y a lieu de mentionner, lorsque c'est le cas, le poids respectif de chacun des sous-critères qui détermineront l'analyse des offres. La Cour de justice des Communautés européennes s'est prononcée dans ce sens et a ainsi rappelé au préalable que, afin de garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures, il importe que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et si possible leur importance relative soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres. La cour a considéré qu'il était possible de ventiler un critère d'attribution, qui avait été déterminé préalablement au lancement de la consultation, en des sous-critères présentés en l'espèce comme des éléments à développer de manière impérative dans le rapport descriptif de la prestation remis

par les soumissionnaires et précisés dans le cahier des charges. En l'espèce, la ventilation entre les sous-critères avait été effectuée par la commission d'adjudication avant l'ouverture des offres, mais n'avait pas été indiquée au préalable aux candidats. La cour conclut qu'il n'est pas contraire au droit communautaire d'accorder un poids spécifique à des sous-critères si ceux-ci figurent explicitement dans le cahier des charges, à condition que cette décision ne modifie pas les critères d'attribution du marché, qu'elle ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus au moment de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation, et qu'elle n'ait pas d'effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires *(CJCE, 24 nov. 2005, aff. C-331/04, ATI EAC Srl e Vaiggi di Maio Snc et a. c/ ACRV Venezia SpA et a. : JCP A 2005, 26 déc. 2005, p. 1886, note F. Linditch)*.

De même, le tribunal administratif de Montpellier a pu considérer que la commission d'appel d'offres n'a pas commis de manquement à ses obligations en décomposant la note afférente au critère de la valeur technique en trois éléments, d'inégale valeur, et que ces éléments d'appréciation qui ne constituaient pas des critères au sens de l'article 53, II, n'avaient pas à figurer explicitement dans l'avis d'appel public à concurrence ou dans le règlement de consultation *(TA Montpellier, 28 sept. 2006, n° 0605115, sté Philip Frères)*.

Dans ce même cadre, le tribunal administratif de Nice a ainsi été saisi de la question et a légitiment considéré que la liste des points indiqués dans le mémoire technique a pu servir à juger de la valeur technique de l'offre, sans que doive être indiquée, lors de la publicité de l'appel d'offres pour l'application du critère de la valeur technique, une pondération des éléments en cause dès que ces éléments techniques ont été examinés, pour chacun d'eux, à égale mesure, sans que fut privilégié l'un d'eux. Le juge a estimé que ni l'exigence de transparence des modalités des offres, ni les règles de publicité prévues à l'article 53 n'avaient été, en l'espèce, méconnues *(TA Nice, 15 sept. 2006, n° 0604414, SA Derichebourg-Polyurbaine c/ cne Seyne-sur-Mer)*.

Dans un sens plus restrictif, il convient également de noter un arrêt du tribunal administratif de Marseille par lequel le juge a sanctionné le fait que le critère prépondérant de la valeur technique, annoncé au départ, n'avait pas été défini *(V. supra n° 19)*. C'est au moment de l'analyse des offres que, pour pallier à l'imprécision du critère de la valeur technique et à l'absence d'indication de la question de savoir comment serait apprécié ce critère, la commission d'appel d'offres avait ajouté deux sous-critères d'égale valeur. Le juge sanctionne ainsi le fait que ces sous-critères (et donc les modalités d'examen de la valeur technique, critère prépondérant) n'avaient pas été portés à la connaissance des candidats dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation candidats *(TA Marseille, 26 juill. 2006, n° 0604605, cité supra n° 10)*.

Une cour administrative d'appel définit la notion de "sous-critère" comme une simple aide complémentaire et marginale à la décision. Cette définition entraîne deux conséquences :

- d'une part, si un élément qualifié de sous-critère n'a plus cette fonction marginale dans l'aide à la décision, il prend le caractère de critère en sens des dispositions du Code des marchés publics ;
- d'autre part, le juge énonce que seule la pondération des critères est soumise dans tous les cas à une obligation de publicité. Il rappelle, dans le même temps, que la faculté de ne pas publier la méthode de pondération retenue au rang des sous-critères est strictement encadrée notamment par trois conditions : 1° que la pondération tardive n'aboutisse pas à une modification des critères d'attribution du marché défini dans l'avis de marché ou le cahier des charges ; 2° qu'elle ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation ; 3° qu'elle n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaire *(CAA Bordeaux, ord., 12 oct. 2007, n° 07BX01819, région Réunion c/ préfet la Réunion : Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 291)*.

Un tribunal administratif a également sanctionné l'utilisation d'un critère de jugement en sous-critère. Le tribunal a ainsi estimé que le caractère innovant de l'offre ne pouvait être un élément d'appréciation de la valeur technique mais devait apparaître en tant que critère à part entière *(TA Lyon, ord., 1er févr. 2008, cité*

supra n° 10).

Attention : Il convient d'être vigilant sur la question de la pondération des sous-critères. Bien qu'aujourd'hui ni la règlementation en vigueur, ni la jurisprudence ne semble imposer cette pondération, il ressort de cette dernière décision que, dans un souci de sécurité juridique, il est préférable, lorsque la personne publique souhaite établir des sous-critères et envisage de les pondérer, d'en informer les candidats dès le lancement de la consultation.De même, la cour administrative d'appel a jugé que la pondération ou la hiérarchisation des critères doit être portée à la connaissance des candidats si cette pondération ou cette hiérarchisation est susceptible d'exercer une influence sur la présentation des offres *(CAA Nantes, 30 mars 2012, n° 11NT00112, CHU Caen : Contrats-Marchés publ. 2012, comm 180)*. Ainsi, lorsqu'un critère ne permet pas d'appréhender correctement ce qu'il recouvre précisément (cas fréquent de la valeur technique), le principe de transparence impose à ce que les différents aspects que revêt le critère, soit les sous-critères, soient portés à la connaissance des candidats ainsi que leur poids respectif. Un autre choix est également possible pour le pouvoir adjudicateur : faire directement de chaque sous-critère ainsi identifié, un critère à part entière avec sa propre pondération.

Il a été jugé que si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en oeuvre les critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature ou à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent par conséquent être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection *(CE 18 juin 2010, n° 337377, cne Saint-Pal-de-Mons : JurisData n° 2010-009438)*.

28. - Technique de la pondération des critères - La pondération consiste à appliquer un coefficient ou un pourcentage, voire une fourchette de coefficient ou de pourcentage, à chacun des critères déterminés par la personne publique. Il a également été précisé *(V. supra n° 16)* que la publication des éléments de pondération des critères de jugement des candidatures ou des offres est imposée dans la mesure où ceux-ci sont préalablement fixés par les pouvoirs adjudicateurs *(CJCE, 12 déc. 2002, cité supra n° 16)*.

Il est rappelé la règle en la matière, à savoir que la pondération ou, à défaut, la hiérarchisation des critères doit avoir été publiée en amont dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

En réponse à deux questions écrites, le ministère de l'Économie et des Finances rappelle que la pondération des critères de sélection lors d'une mise en concurrence est obligatoire, sauf si le pouvoir adjudicateur peut démontrer que la pondération n'est pas possible. Le ministère indique également que "le code ne prévoit pas de modalités spécifiques en matière de pondération des critères mais, comme par le passé, chaque acheteur devra élaborer sa propre méthode en fonction de l'importance respective qu'il entend donner à chacun des critères ou des sous-critères définis par lui pour la sélection des offres. Il importe en conséquence de mesurer l'impact des modalités retenues sur le classement des offres lors de l'établissement de cette pondération. Les offres sont notées sur chacun des critères choisis. La méthode de notation des offres peut être simple. Par exemple : 1 = insuffisant ; 2 = passable ; 3 = moyen ; 4 = correct ; 5 = excellent. La méthode peut être plus complexe pour tenir davantage compte, par exemple, des écarts réels entre les offres sur chacun des critères. Dans tous les cas, la technique d'attribution de la note doit être connue avant l'analyse multi-critères et doit être la même pour toutes les offres. L'article 53 du Code des marchés publics limite l'obligation d'insérer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation aux seules mentions des critères d'attribution et de la part respective de chaque critère. Le pouvoir adjudicateur n'est donc pas tenu de mentionner les méthodes de notation dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation. Cependant, le choix de la méthode étant déterminant sur le résultat obtenu, il doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique et pouvoir être justifié devant le juge. Dans un souci de bonne administration et afin d'éviter d'éventuelles contestations, il est recommandé d'assurer la plus grande transparence des méthodes de notation".

Dans la seconde réponse, il est précisé que "la pondération représente l'importance relative accordée à

chaque critère par rapport à l'ensemble des critères. Elle peut donc s'exprimer sous forme de coefficient (par exemple : 0,7), pourcentage (par exemple : 70 %), nombre de points (par exemple : 70 points sur 100) ou par tout système équivalent, à condition que cela aboutisse à une pondération des notes données, critère par critère. Toutes les formes précitées sont équivalentes, leur utilisation dans une formule mathématique conduit à un résultat identique, elles peuvent donc être utilisées indifféremment. Ainsi, les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics, établis conformément aux dispositions de la directive classique précitée et fixés par le règlement CE n° 1564/2005 de la Commission le 7 septembre 2005, prévoient dans la rubrique relative aux critères d'attribution la possibilité d'énoncer les critères et d'indiquer leur pondération respective selon la forme souhaitée par le pouvoir adjudicateur. Ces formulaires européens sont utilisés pour la publication au BOAMP pour les procédures formalisées. L'utilisation du modèle national reste obligatoire en deçà des seuils des procédures formalisées. Or les modèles nationaux d'avis d'appel public à la concurrence (arrêté du 30 janvier 2004, rubrique 11.2, puis arrêté du 28 août 2006, rubrique 20.2) prévoient d'exprimer la pondération en pourcentage. Il est donc possible d'exprimer cette pondération en pourcentage ou, si la pondération est donnée sous une autre forme, d'en préciser la formulation dans la dernière rubrique relative aux observations diverses" *(Rép. min. n° 21229 : JO Sénat Q 8 mars 2007, p. 534. - Rép. min. n° 21227 : JO Sénat 8 mars 2007, p. 534)*.

Une réponse ministérielle a précisé que la pondération de manière identique des critères de choix des offres est possible *(Rép. min. n° 21226 : JO Sénat Q 1er mars 2007, p. 456 ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 157)*. Cette réponse ne convainc pas totalement, car l'article 53 peut être interprété comme imposant une double exigence : la pondération et la hiérarchisation. Or seule une pondération différente permet en même temps la hiérarchisation.

En ce qui concerne plus spécifiquement la notation du critère prix, une réponse ministérielle a considéré qu'elle se doit d'être objective et que l'estimation de l'Administration n'a pas, à ce stade, à entrer en ligne de compte. Cette dernière, bien que décisive, intervient bien en amont afin de vérifier la disponibilité des crédits ou choisir la procédure appropriée ou encore en cours de procédure afin de détecter des offres anormalement basses *(Rép. min. n° 425 : JO Sénat Q 23 août 2007, p. 1473)*. En ce qui concerne la notation de la valeur technique, on peut s'interroger sur la question de savoir si, l'offre la mieux disante sur la valeur technique ne devrait pas avoir la note maximale, comme c'est fréquemment le cas en ce qui concerne l'offre la moins disante, ce qui permettrait de maintenir l'écart de pondération entre ces deux critères tel que défini lors du lancement de la consultation.

Conseil pratique

Si la pondération permet d'apporter une certaine sécurité juridique dans le choix du titulaire d'un marché, on peut cependant craindre qu'elle ôte une part de souplesse d'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse par la commission d'appel d'offres sans pour autant faire disparaître la part de subjectivité qui entre inévitablement dans l'appréciation des offres. La pondération mathématique, bien adaptée au critère prix, s'avère par contre d'un exercice plus délicat quand il s'agit d'apprécier la valeur technique de l'offre. Toutefois, le code offrant également la possibilité de pondérer les critères par une fourchette, il semble possible par ce biais d'apporter une plus grande souplesse dans l'évaluation des offres, à condition d'utiliser une fourchette appropriée et de l'utiliser également de manière appropriée. Cette technique peut également, de par la marge d'appréciation qui est laissée en cours d'analyse des offres à la personne publique, s'avérer dangereuse si elle est mal utilisée ou mal comprise.

De manière un peu surprenante, la commission consultative des marchés publics a estimé qu'il était possible de prévoir pour un ou plusieurs critères d'attribution, une note éliminatoire en dessous de laquelle l'offre sera écartée *(Commission consultative des marchés publics, Rapp. 2011 : Contrat-Marchés publ. 2012, alerte 29)*. Il conviendra toutefois d'attendre une confirmation jurisprudentielle pour s'inspirer de cette méthode.

29. - Justification du recours à la hiérarchisation des critères - Le Code des marchés publics ne permet plus une simple hiérarchisation des critères sauf à démontrer que leur pondération n'est pas possible, notamment du fait de la complexité du marché. En ce cas, les critères doivent être indiqués par

ordre décroissant d'importance *(CMP, art. 53, II, al. 4)* La directive 2004/18/CE exige également, que la pondération soit écartée pour des raisons démontrables.

On peut s'interroger sur les cas où la personne publique pourra démontrer en toute sécurité qu'elle n'est pas en mesure d'établir une pondération des critères, ce qui rend la pondération inévitable dans la plupart des cas. La formule de la hiérarchisation avait toutefois l'avantage d'accorder plus de souplesse à la commission d'appel d'offres dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Exemple

Dans le cadre d'une procédure où le premier critère est la valeur technique et le second le prix des prestations :

- l'entreprise A est classée première sur le critère 1 (Valeur technique) et deuxième sur le critère 2 (prix) ;
- l'entreprise B est, quant à elle, classée seconde sur le critère 1 (Valeur technique) et première sur le critère 2 (prix).

Logiquement, en suivant la hiérarchisation des critères, le marché devrait revenir à l'entreprise A. Néanmoins, l'attribution d'un marché n'est cependant pas une science exacte, et la commission d'appel d'offres (CT) ou le pouvoir adjudicateur (État) possède un large pouvoir pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Il peut arriver que les entreprises, bien que classées différemment sur le critère valeur technique, soient néanmoins très proches et offrent toutes deux une valeur technique tout à fait satisfaisante. Or l'écart sur le critère 2 (prix), est, quant à lui, relativement important entre les deux candidats. En pareil cas, la commission d'appel d'offres ou le pouvoir adjudicateur (État) peut très bien considérer que le faible écart existant entre les deux entreprises sur le critère 1 (valeur technique) ne compense pas l'écart important sur le critère 2 (prix des prestations) et classer l'entreprise B première du classement général qu'elle devra réaliser et lui attribuer ainsi le marché.

Cette souplesse laissée à la commission d'appel d'offres pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse doit cependant toujours être motivée. Elle ne pourrait être utilisée dans le seul but de modifier la hiérarchisation des critères.

30. - Critères non prévus - Le choix du titulaire du marché ne peut être fondé sur un critère non prévu. L'Administration commet une illégalité en fondant le choix du titulaire du marché sur un critère non prévu par le règlement de la consultation, et cela quand bien même l'offre retenue serait la plus intéressante *(CE, 28 juill. 2000, n° 199549, cne Villefranche-de-Rouergue : JurisData n° 2000-061051 ; Contrats-Marchés publ. 2000, comm. 9, note F. Llorens)*.

De même, la cour administrative d'appel de Lyon a pu considérer qu'était illégal le critère tiré de l'éloignement de moyens présentés alors que ce critère n'était pas prévu par le règlement de la consultation. Dans la même affaire, la cour a validé le critère relatif à la qualification des personnels de l'entreprise *(CAA Lyon, 9 juin 2005, n° 99LY01130, SA Électricité moderne : Contrats-Marché publ. 2005, p. 26)*.

La cour administrative d'appel de Paris a néanmoins retenu la légalité de la décision d'attribution d'un marché partiellement fondée sur un critère réglementaire non retenu par le règlement de la consultation mais justifiée par d'autres critères. Elle estime que ce critère, non mentionné au départ, ne pouvait être régulièrement utilisé pour départager les offres. Elle admet toutefois la légalité du choix effectué dans la mesure où, si le critère considéré n'avait pas été utilisé, l'application des critères mentionnés au règlement de la consultation aurait inéluctablement conduit au rejet de l'offre de la requérante *(CAA Paris, 3 avr. 2007, n° 04PA01883, min. Défense c/ sté Échelles Riffaud développement : Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 178)*.

Attention : Il convient d'être vigilant sur les rédactions des dossiers de consultation, particulièrement les cahiers des clauses techniques particulières. Ceux-ci peuvent, dans certains cas, mentionner des éléments laissés pour partie à

l'appréciation des candidats. Dans cette hypothèse, on pourra être tenté, lors de l'analyse, de juger l'offre en tout ou partie à partir de ces indications qui n'auront pas été au préalable indiquées comme étant des critères de jugement des offres.

Exemple

Un CCTP relatif à un marché d'acquisition de véhicules pourrait prévoir la possibilité pour les candidats de proposer des garanties supérieures aux garanties minimales fixées par la personne publique. Dans cette hypothèse, si un candidat propose une garantie supérieure et plus intéressante, l'offre ne pourra pas être jugée en fonction de cet élément dès lors que la garantie n'a pas été prévue comme critère de jugement des offres.

En toutes hypothèses et même dans le cas où les offres seraient pratiquement équivalentes, la commission d'appel d'offres ne peut se fonder pour faire son choix sur de nouveaux critères non prévus initialement dans le règlement de la consultation y compris pour départager les offres. Au cas d'espèce, la cour avait jugé que la commission d'appel d'offres aurait du utiliser l'écart même très faible existant entre les offres sur le critère du prix pour les départager *(CAA Bordeaux, 8 déc. 2011, n° BX 0103166, CCI Pointe-à-Pitre : JurisData n° 2011-030873 ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm 48)*.

B. - Critères et politique de l'achat

31. - Utilisation des critères - Les critères de jugement des candidatures et des offres pourraient être utilisés dans un objectif déterminé au préalable. Il pourrait s'agir, par exemple, des contraintes budgétaires (choix du moins disant), de la volonté de résorber le chômage (choix du mieux disant social) ou de réserver un concours d'architecte uniquement à de jeunes architectes afin de favoriser l'émergence de talents nouveaux, les entreprises nouvellement créées, etc.

La lecture de différentes jurisprudences révèle qu'effectivement nombre d'acheteur public ont tenté d'utiliser les critères de jugement des offres dans un objectif particulier (et n'exposant pas à une sanction pénale). La réponse du juge fut toujours identique. Ces considérations, quelques louables soient elles, demeurent illégales dès lors qu'elles sont étrangères à l'objet de la réglementation des marchés publics qui n'autorise que le seul choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

© LexisNexis SA